

• LIBERTAS PERFVNDET •



## DICTAMEN Nº 1.B

**DERECHO CIVIL.- Familia y Menores**

*Trabajo final de Máster de Acceso a la Abogacía*



• OMNIA LVCE •



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

Tutor: Dr. Carlos Villagrasa Alcaide

Autora: Marina Fernández Navarro

NIUB.16317243

Fecha: Diciembre de 2018

Curso académico: 2018-2019

Asignatura: Trabajo Final de Máster.

Área: Derecho Civil I Familia y Menores.



## SUMARIO

<b>1. DESCRIPCIÓN DE LOS ANTECEDENTES.....</b>	<b>1</b>
<b>1.1 Hechos y datos en los que se basa el problema.....</b>	<b>1</b>
1.1.1 Supuesto de hecho.....	1
1.1.2 Adopción de la postura procesal según los intereses del cliente.....	1
<b>1.2 Documentación.....</b>	<b>2</b>
1.2.1 Documentación de la que disponemos.....	2
1.2.2 Documentación que nos faltaría.....	2
<b>1.3 Cuestiones que se nos plantean.....</b>	<b>4</b>
1.3.1 Cuestiones sustantivas.....	4
1.3.2 Cuestiones procesales.....	5
<b>2. ANÁLISIS JURÍDICO.....</b>	<b>6</b>
<b>2.1 Fuentes aplicadas al caso.....</b>	<b>6</b>
2.1.1 Normativa aplicable.....	6
2.1.2 Jurisprudencia aplicable.....	7
<b>2.2 Análisis del caso.....</b>	<b>9</b>
2.2.1 Cuestiones sustantivas.....	9
2.2.1.1 Emancipación de Inmaculada.....	9
2.2.1.2 Cambio en el régimen de guarda establecido.....	10
2.2.1.3 Eficacia de la opinión de la persona menor de edad.....	12
2.2.1.4 Posible encaje en indicadores de riesgo o desamparo.....	16
2.2.1.5 La posible intervención de la administración pública.....	19
2.2.1.6 La posibilidad de reducir la pensión alimenticia.....	21
2.2.2 Cuestiones procesales.....	25
2.2.2.1 Competencia judicial y administrativa: alternativas de solución.....	25
2.2.2.2 Legitimación activa y pasiva.....	27
2.2.2.3 Procedimientos.....	28
2.2.2.4 Plazos .....	31
2.2.2.3 Papel del Ministerio Fiscal.....	34
<b>3. CONCLUSIONES.....</b>	<b>36</b>
<b>EMISIÓN DEL DICTAMEN.....</b>	<b>39</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>41</b>



# **1. DESCRIPCIÓN DE LOS ANTECEDENTES**

## **1.1 Hechos y datos en los que se basa el problema**

### **1.1.1 Supuesto de hecho**

Inmaculada es la descendiente común menor de edad de Manuel y Emilia, divorciados mediante procedimiento de mutuo acuerdo en Toledo en el año 2010. A raíz de dicho procedimiento se acordó la guarda exclusiva a favor de Emilia y potestad parental compartida. Desde el año 2015, Emilia e Inmaculada viven en Barcelona por lo que Manuel, al continuar viviendo en Toledo, únicamente visita a Inmaculada dos veces al año y pasa con ella la mitad de las vacaciones de verano.

Actualmente, Inmaculada desde que ha comenzado una relación de pareja con Gloria, ha dejado de estudiar y, supuestamente, fuma hachís. Esto ha producido una lucha constante entre ella y Emilia hasta el punto de que Inmaculada ha amenazado con irse a vivir a Toledo o incluso con independizarse, y ha llegado a agredir a Emilia. Ante dicha situación, Emilia se ha planteado solicitar ayuda a la Generalitat.

Manuel, se muestra reticente ante la posibilidad de que Inmaculada vaya a vivir con ellos pues no se lleva bien con su nueva pareja Yolanda, y considera que la guarda debe continuar en manos de Emilia. Además, ve necesaria una reducción de la pensión alimenticia pues tiene otra hija.

### **1.1.2 Adopción de la postura procesal según los intereses del cliente**

La postura que se va a defender a lo largo del dictamen será la del asesoramiento jurídico del progenitor al que se le ha otorgado la guarda y custodia exclusiva de Inmaculada: Emilia.

Ante el desacuerdo de los progenitores sobre la posibilidad de emancipación por parte de Inmaculada, así como sus muestras de inmadurez y desorientación y la no formación en apariencia para ser independiente de la misma; además de la muestra reticente de Manuel sobre el tema de que Inmaculada se traslade a vivir con él y la agresión sufrida por Emilia, se

pretenderá que la guarda y custodia continúe de forma exclusiva a favor de Emilia pero se intentará solicitar ayuda a la Generalitat para que Inmaculada retome sus estudios. En segundo lugar, se demostrará la injustificación de la posibilidad de reducir la pensión alimenticia que viene proporcionando Manuel desde que se realizó el convenio regulador correspondiente.

La adopción de la presente postura procesal, además de tratar las diferentes vías por las que Emilia puede conseguir la guarda y custodia exclusiva y la conservación de la prestación por alimentos que le corresponde a Manuel, también viene encaminada a alertar a Emilia sobre la posibilidad de que no se considere la situación de Inmaculada como una situación de riesgo y devenga como un problema familiar, así como al incentivo de que sean las partes las que, por ellas mismas, lleguen a una solución sin alcanzar la vía judicial.

## **1.2 Documentación**

### **1.2.1 Documentación de la que disponemos**

- Libro de Familia.
- Historial de tratamiento psicológico.
- Sentencia de divorcio.
- Expediente escolar.

### **1.2.2 Documentación que nos faltaría**

- Convenio Regulador; Se trata de un documento esencial en caso de que se pretenda presentar una demanda de modificación de medidas definitivas (artículo 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).
- Certificación de la inscripción del matrimonio; Se trata de un documento esencial en caso de que se pretenda presentar una demanda de modificación de medidas definitivas (Apartado segundo del artículo 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

- Certificado de nacimiento de la persona menor de edad en el Registro Civil; Se trata de un documento esencial en caso de que se pretenda presentar una demanda de modificación de medidas definitivas (Artículo 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).
- Análisis toxicológico; Documento para demostrar que Inmaculada es consumidora habitual de hachís y por lo tanto padece un problema social que puede derivar en una situación de riesgo.
- Informe pericial encaminado a valorar las cualidades de una de las partes como progenitor; Documento pericial en caso de que se de un procedimiento contencioso de modificación de medidas definitivas.
- Informe pericial encaminado a valorar y determinar las relaciones de un progenitor con su hija menor de edad; Documento pericial en caso de que se de un procedimiento contencioso de modificación de medidas definitivas.
- Informe pericial encaminado a valorar cuál es el sistema de convivencia o custodia que se debe fijar en esa unidad familiar; Documento pericial en caso de que se de un procedimiento contencioso de modificación de medidas definitivas.
- Dictamen de especialistas debidamente cualificados; Documento en caso de que se de un procedimiento de modificación de medidas definitivas respecto al cambio de guarda (artículo 92.9 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil).
- Expediente del menor y adolescente; Documento necesario realizado por los servicios sociales para determinar si existe una situación de riesgo en la menor. (Artículo 101 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia).

- Informe del Equipo Técnico Jurídico, Documento por el que se decide si es de interés superior del menor el ser oído y si dicho menor tiene suficiente juicio y madurez para tener en cuenta su intervención (Apartado quinto del artículo 777 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 770.4º de la misma ley y Apartado cuarto de la Disposición adicional sexta de la misma ley).
- Extracto de la cuenta de valores de Manuel; Documento necesario para demostrar que no es necesaria una reducción de la pensión alimentaria y necesariamente aportado por el mismo. (Artículo 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)

### **1.3 Cuestiones que se nos plantean**

#### **1.3.1 Cuestiones sustantivas**

1. Emancipación de la adolescente. En este supuesto de hecho Inmaculada se muestra descontenta con su madre y propone, en primer lugar, irse a vivir con su padre y, en segundo lugar y como “opción B”, independizarse con su novia Gloria. Es por ello que no se muestra segura en su decisión de emancipación ni se aprecia una formación en apariencia de ella para ser independiente. Además, los progenitores no se muestran de acuerdo con dicha posibilidad.
2. Cambio en el régimen de guarda establecido. En este supuesto los dos progenitores están de acuerdo con que la guarda le corresponde de forma exclusiva a Emilia, únicamente se discute la posibilidad de que la Generalitat pueda prestar ayuda para ello pues se ha demostrado la poca madurez e imposibilidad económica de Inmaculada para vivir de forma independiente así como la muestra reticente de Manuel sobre la posibilidad de que Inmaculada conviva con él y su nueva unidad familiar.
3. Eficacia de la opinión de la persona menor de edad. Al deberse tratar todas las cuestiones bajo el principio de interés superior del menor, Inmaculada deberá ser escuchada aunque eso no tenga que producir, necesariamente, una resolución judicial favorable a lo que la menor de edad exprese.



4. Posible encaje en indicadores de riesgo o desamparo. La inmadurez e impulsividad de Inmaculada en una edad como la adolescencia, entre otros factores, puede tener como resultado que la menor incurra en una situación de riesgo pero de ninguna manera incurrirá en desamparo pues tiene a los dos progenitores que se preocupan por su bienestar.
5. La posible intervención de la Administración Pública. Esta cuestión sustancial viene relacionada con la cuestión anterior pues, en caso de que Inmaculada se encuentre en una situación de riesgo, los poderes públicos podrían intervenir para establecer unas medidas de protección sobre Inmaculada, en caso de ser necesario.
6. La posibilidad de reducir la pensión alimenticia. El hecho del nacimiento de una nueva hija de Manuel, por sí mismo, no supone causa suficiente para dar lugar a la modificación de la pensión alimenticia establecida a favor de Inmaculada, hija de una anterior relación.

### **1.3.2 Cuestiones procesales**

1. Competencia judicial y administrativa; deberemos determinar el partido judicial correspondiente así como el órganos de administración que deberá intervenir.
2. Legitimación activa y pasiva; en defensa de una postura procesal en particular, debemos asegurarnos de que está capacitado y pueda ejercitar las acciones procesales que aquí se planteen, así como a quién van dirigidas. En caso de no mostrar capacidad por tratarse de una persona menor de edad, será necesario analizar si podrá adquirir dicha legitimación mediante la asistencia de un defensor judicial, es decir, mediante representación legal.
3. Plazos; en esta cuestión procesal deberemos orientar al cliente de que los plazos no siempre se cumplen y que prima el interés superior del menor. Es necesario orientar a nuestro cliente sobre la dilación aproximada del procedimiento que puede producirse.

4. Papel del Ministerio Fiscal; se trata de una cuestión procesal de máxima importancia pues en los procedimientos en los que intervienen menores de edad es preceptiva su intervención. El papel del ministerio fiscal, en este supuesto de hecho, será diferente en cada alternativa de solución que se plantea.

## 2. ANÁLISIS JURÍDICO

### 2.1 Fuentes aplicadas al caso

#### 2.1.1 Normativa aplicable

##### *Normativa internacional*

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. («DOUE» núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403).
- Instrumento de Ratificación de España del Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 («BOE» núm. 229, de 25 de septiembre de 1978, páginas 22329 a 22333).
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, páginas 38897 a 38904).

##### *Normativa nacional*

- España. Constitución Española («BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).
- España. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. («BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1996).
- España. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. («BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015, páginas 54068 a 54201).

- España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. («BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000, páginas 575 a 728).
- España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. («BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889).

### *Normativa autonómica*

- Comunidad Autónoma de Cataluña. Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. («BOE» núm. 172, de 20 de julio de 2006).
- Comunidad Autónoma de Cataluña. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. («DOGC» núm. 5686, de 5 de agosto de 2010, «BOE» núm. 203, de 21 de agosto de 2010).
- Comunidad Autónoma de Cataluña. Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. («DOGC» núm. 5641, de 02 de junio de 2010, «BOE» núm. 156, de 28 de junio de 2010).
- Comunidad Autónoma de Cataluña. Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. («DOGC» núm. 5432, de 30 de julio de 2009, «BOE» núm. 198, de 17 de agosto de 2009).
- Comunidad Autónoma de Cataluña. Decret 338/1986, de 18 de novembre, de regulació de l'atenció a la infància i adolescència amb alt risc social. («DOGC» núm. 780).

## **2.1.2 Jurisprudencia aplicable**

### *Tribunal supremo*

- España. Tribunal supremo (Sala Primera, de lo civil). Sentencia nº 61/2017, de 1 de febrero. Ponente: José Antonio Seijas Quintana .

- España. Tribunal supremo (Sala de lo civil). Auto nº 6541/2016, de 27 de junio. Recurso nº 815/2016. Ponente: Ángel Fernando Pantaleón Prieto.
- España. Tribunal supremo (Sala Primera, de lo Civil). Sentencia nº 397/2011, de 13 de junio. Ponente: Encarnación Roca Trías.
- España. Tribunal supremo (Sala Primera, de lo civil). Sentencia nº 84/2011, de 21 de febrero. Ponente: Encarnación Roca Trías.
- España. Tribunal supremo (Sala Primera, de lo civil). Sentencia nº 565/2009, de 31 de julio. Ponente: Juan Antonio Xiol Rios.
- España. Tribunal supremo (Sala Primera, de lo civil). Sentencia nº 198/1993, de 5 de octubre. Recurso de Casación nº 536/1991. Ponente: Teofilo Ortega Torres.

### ***Tribunal constitucional***

- España. Tribunal constitucional (Sala Segunda). Sentencia Nº 4/2001, de 15 de enero. Ponente: Don Tomás S. Vives Antón. Recurso de Amparo nº 3966/1997.

### ***Audiencia provincial***

- Barcelona. Audiencia provincial (Sección 18). Sentencia nº 123/2014, de 19 de febrero. Recurso de Apelación nº 1197/2012. Ponente: Francisco Javier Pereda Gámez.

### ***Tribunal superior de justicia de Cataluña***

- España. Tribunal superior de justicia de Cataluña (Sala Primera, de lo civil y lo penal). Sentencia nº 35/2015, de 14 de mayo. Ponente: Juan Manuel Abril Campoy.

### ***Fiscalía general del estado***

- España. Fiscalía general del estado. Circular 9/2015 *sobre La intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria* (página 10).

## 2.2 Análisis del caso

### 2.2.1 Cuestiones sustantivas

#### *2.2.1.1 Emancipación de Inmaculada*

La emancipación permite que el mayor de 16 años y menor de 18 años pueda disponer de su persona y de sus bienes como si fuera mayor de edad, exceptuando las situaciones de pedir préstamos, gravar o transmitir bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales ni bienes de extraordinario valor sin el consentimiento de sus padres o de su tutor, así como aceptar por sí mismo una herencia sin beneficio de inventario, pedir la partición de herencia y repartición con los coherederos o ser tutor o curador pues su capacidad de obrar no es completa.

Para que un menor de edad, cumplidos los dieciséis años, pueda emanciparse, es necesario que se lleve a cabo por su matrimonio, que sea concedida dicha emancipación por los que ejerzan la patria potestad o se realice por concesión judicial. En este caso, Inmaculada amenaza con emanciparse, pero ninguno de los dos ejercientes de la patria potestad están de acuerdo con ello por lo que la emancipación por concesión de los mismos no será una opción pero, por el contrario, lo será mediante concesión judicial en el supuesto caso de que se aprecie el requisito básico para concederla, es decir que se realice por interés superior de Inmaculada.

En caso de que Inmaculada se emancipe como consecuencia de contraer matrimonio con Gloria, caben dos posibilidades; en primer lugar, en caso de que Gloria sea menor de edad, todas las excepciones nombradas con anterioridad se podrán realizar con el consentimiento de los tutores; en segundo lugar, en el caso de que Gloria sea mayor de edad, para realizar las actuaciones enunciadas anteriormente, bastará con que ambas consientan.

Así pues, como plasma el artículo 211-8 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, una vez se concede dicha emancipación, se vuelve irrevocable y debe hacerse constar en el Registro Civil pues mientras no se inscriba, no produce efectos frente a terceros.

### ***2.2.1.2 Cambio en el régimen de guarda establecido***

La guarda y custodia se identifica con el cuidado y atención diario, que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor, y que esa convivencia habitual se diferencia del resto de derechos y deberes que componen el ejercicio de la patria potestad y que competen a ambos progenitores, tenga quien tenga la custodia<sup>1</sup>.

En este supuesto de hecho, nos encontramos con que, mediante el convenio regulador realizado ante la separación de mutuo acuerdo de los progenitores, se le atribuyó la guarda exclusiva a Emilia, madre de Inmaculada. Se ha cuestionado en varias ocasiones si este tipo de guarda y custodia exclusiva vulnera el principio general de igualdad, ante lo que el tribunal constitucional<sup>2</sup> se ha pronunciado negando dicha vulneración, diciendo así: *“La omisión de un término válido de comparación impide cualquier otra consideración al respecto y obliga a rechazar la lesión pretendida del citado derecho fundamental”*. Esto se produce como consecuencia de que es casi imposible encontrar dos supuestos idénticos cuando hablamos de crisis matrimonial por lo que no es posible proceder a la quiebra constitucional.

La decisión de establecer este tipo de guarda exclusiva, vino motivada por el artículo 233-11.1g) de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, por lo que al tener Emilia más disponibilidad horaria y mayor idoneidad para cuidar de Inmaculada, es evidente que, interesándonos siempre el interés superior del menor, era el tipo de guarda más conveniente al caso.

Como bien establece Elvira Rodríguez Sáenz<sup>3</sup>: *“Para modificar la modalidad de guarda acordada en una sentencia anterior es necesario que se haya producido algún cambio que lo justifique y/o que la medida adoptada haya resultado perturbadora o perjudicial para el menor o resulte más aconsejable otra medida de guarda que la adoptada”*. Así pues, en este caso entendemos que no se ha producido ningún cambio sustancial que justifique la modificación de las condiciones del convenio regulador, respecto al tema de la guarda establecida ni que exista una opción mejor.

---

<sup>1</sup> PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita, (2005): *Tratado de Derecho de Familia*. Por Pedro González Poveda y Pilar González Vicente (coord.). Madrid. (página 184).

<sup>2</sup> España. Tribunal constitucional (sala segunda). Sentencia nº 4/2001, de 15 de enero. Ponente: Don Tomás S. Vives Antón. Recurso de Amparo nº 3966/1997.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ SÁENZ, Elvira (2018): *Custodia compartida*. Consultado el 10 de noviembre de 2018, en [<http://www.abogadamediadora.es>].

Nos encontramos ante la situación de que Emilia e Inmaculada actualmente viven en Barcelona y su padre Manuel, sin embargo, desarrolla su vida personal en la ciudad de Toledo. La distancia del domicilio es una cuestión que imposibilita el hecho de llevar a cabo una guarda compartida pues el tribunal superior de justicia de Cataluña<sup>4</sup> establece que deviene inviable el otorgamiento de la guarda conjunta cuando los domicilios parentales, tras la ruptura, no permitan al menor la continuidad de sus hábitos, entorno y costumbres durante el curso escolar por lo que son los progenitores los que tienen la responsabilidad de modificar sus domicilios, por lo que el cambio a una guarda compartida no sería una posibilidad.

Es por todo esto, que además de considerarse que no interviene ninguna modificación sustancial de las circunstancias, los mismos progenitores plasman la preferencia de que la guarda continúe de forma exclusiva en manos de Emilia y el interés superior de Inmaculada reside en dicho tipo de guarda pues lleva conviviendo con Emilia desde los ocho años por lo que la relación se puede entender que está más forjada, a la vez de que existe una relación tensa con la nueva pareja de Manuel, algo que no es de interés para Inmaculada pues se encuentra en una situación personal de desorientación.

Como conclusión, no se justifica un cambio en la guarda de Inmaculada pues no cabe la posibilidad de establecer una guarda compartida entre los dos progenitores a causa de la distancia de los domicilios; no cabe la posibilidad de una guarda exclusiva por parte de Manuel pues no estaría encaminada hacia la primacía del interés superior de Inmaculada y , además, porque los dos progenitores están de acuerdo en que la situación idónea para la menor es la continuidad en la guarda exclusiva de la misma a favor de Emilia.

---

<sup>4</sup> España. Tribunal superior de justicia de Cataluña (Sala Primera, de lo civil y lo penal). Sentencia nº 35/2015, de 14 de mayo. Ponente: Juan Manuel Abril Campoy. (Id Cendoj: 08019310012015100040).

### ***2.2.1.3 Eficacia de la opinión de la persona menor de edad***

La Convención de Derecho del Niño de 1898<sup>5</sup>, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconocen como derecho fundamental del menor el ser oídos; garantizan el derecho al niño de expresar libremente su opinión en aquellos asuntos que le afecten, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio, es decir, en función de su edad y madurez.

A nivel estatal, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece con carácter general, como derecho fundamental de los menores, en su apartado primero del artículo 9, el derecho del menor a ser oído y escuchado sin discriminación para así poder tener en cuenta su opinión, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación que le afecte, también en función de su edad y madurez.

Inicialmente, esta audiencia del menor debía practicarse “en su caso”, transformándose a día de hoy como una medida imperativa ya que debe oírse siempre, como norma general. Esto lo podemos extraer del apartado quinto del artículo 777 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que dice que en el caso de intervenir hijos menores de edad, el tribunal debe recabar informe del ministerio fiscal sobre los términos del convenio y oír a los menores en caso de demostrar que tienen suficiente juicio. Así pues, a nivel autonómico, el derecho del menor a ser oído como norma general viene regulado en el artículo 211-6.2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña<sup>6</sup>, relativo a la persona y la familia. Basándonos en este precepto, podemos observar que el derecho de Inmaculada a ser oída se trata de un principio rector del menor que tiene

---

<sup>5</sup> Art. 12 de la CDN. “*Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño*”.

<sup>6</sup> Art. 211-6.2 Cccat: “*El menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial*”.



como normal general la posibilidad de oírle, mientras que, el no oírle, se trata de un aspecto de carácter excepcional que puede estar motivado por considerar un inconveniente el hecho de escucharle, por temas de su edad o grado de madurez<sup>7</sup>.

Incluso, después de la reforma del año 2005<sup>8</sup>, del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, incluye la necesidad de que el juez vele por el cumplimiento del derecho de los menores a ser oídos, suprimiendo expresiones como “*cuando se estime necesario*” y “*siempre que sean mayores de doce años*”. Quedando así claro el derecho fundamental de los menores de edad a ser escuchados en aquellos procedimientos en los que intervengan. Ahora bien, deberá respetar el derecho de la menor y velar por su cumplimiento, independientemente de que la menor se acoja a su derecho de no declarar y no ser oída<sup>9</sup> como viene declarando Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, “*sin que deba importar que dado el acuerdo de los padres, la normalidad de la situación, la naturaleza de lo pactado y la propia pasividad de los menores, no se estimara necesario y ni siquiera conveniente, hacer comparecer a los niños en el proceso judicial*”.

Teniendo en cuenta toda la legislación y doctrina mencionada con anterioridad, en este supuesto de hecho nos encontramos con la posibilidad de declarar la excepcionalidad de que Inmaculada no sea oída, es decir, no se tenga en cuenta su opinión por no mostrar un grado de madurez adecuado a la situación o por considerar un inconveniente el escucharle. Aún así, es de recomendación para Emilia no determinar dicha excepcionalidad pues se trata de una menor de edad de dieciséis años y el derecho a ser oída se trata de un principio rector por lo que, bajo mi parecer, no conviene negarle o rebatirle dicho derecho sino dejar que sea oída pues el juez no tendrá porqué llevar una resolución favorable hacia lo que Inmaculada plasme en su audiencia, sino que deberá basarse en lo más beneficioso para ella.

---

<sup>7</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis (2013). *Marco paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados* (página 74). Barcelona. Ed. Bosch [ISBN: 978-84-9790-387-5].

<sup>8</sup> Art. 92.2 Cc: “*El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos*”.

<sup>9</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis (2013). *Marco paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados* (página 75). Barcelona. Ed. Bosch [ISBN: 978-84-9790-387-5].

El modo mediante el cual el menor debe ser oído queda recogido en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su artículo 9. Mediante dicho precepto podemos apreciar que la audiencia de la menor tendrá carácter preferente y se llevará a cabo en función de la situación y con asistencia de profesionales y expertos, en caso de ser necesario. Por ello, haciendo referencia a la intimidad de la menor, en este aspecto es necesario resaltar que no comporta la confidencialidad de lo manifestado pues dicho derecho implica también explicarle el destino de la información que traslada, así como explicarle la obligación de quien le examina, de transmitir cuanto se considere que puede perjudicarle, de hacerlo en secreto.

Así pues, será Inmaculada la que decida quién debe estar presente en la audiencia, considerando como mejor opción que se practique de forma individual ante el juez para que la presencia de ninguno de los progenitores pueda incidir negativamente en la formación de la voluntad de la menor, pues ninguno de los progenitores está de acuerdo con la petición y voluntad de la misma.

Al introducir la ley de forma expresa el interés del menor como concepto jurídico indeterminado dificulta notablemente la aplicación de la norma. Es por ello que el juez debe indagar sobre cuál es el verdadero interés del menor valorando de manera discrecional todos los elementos de prueba que se hayan aportado, conjuntamente con la exploración, tomándose en consideración que aquellos que, en este caso Inmaculada, quiere o reclama no es necesariamente lo más beneficioso para la misma por lo que la decisión del juez no tiene por qué coincidir con su opinión. Así pues, <sup>10</sup>la audiencia del menor hace referencia a introducir su pensamiento, opinión o juicio en el proceso por lo que independientemente del acuerdo al que se llegue en dicho proceso y para determinar que las propuestas de Inmaculada son beneficiosas para ella, es necesario ponderar la seriedad y consistencia del deseo y la justificación de Inmaculada puesta en relación con el resto de las pruebas, así

---

<sup>10</sup> El derecho a ser escuchado pone en acento la acción del preceptor de *escuchar* con esfuerzo, con independencia de que tenga un resultado positivo, y no simplemente en el hecho de oír.

como el grado de discernimiento en relación con la edad de la misma. En este caso, al tratarse de una menor que cuenta con dieciséis años edad, en plena adolescencia, es un elemento en el que la opinión y los deseos se valoran de manera muy específica y variable.

En este sentido, según la doctrina científica que se encuentra como método de orientación en la sentencia del tribunal supremo de 31 de julio de 2009<sup>11</sup>, podrían ser máximas de experiencia o criterios para la determinación en concreto del interés del menor las siguientes: *“Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento”*.

En este supuesto de hecho observamos que Inmaculada es capaz de tomar decisiones de forma impulsiva y que es muy influenciada pues ha realizado un cambio de vida muy radical por lo que existen dudas sobre la madurez y el juicio de la misma. Ella ha vivido desde los 8 años con su madre, como recogió el convenio regulador, y el hecho de que ahora tenga una relación más tensa con ella no hace que se aprecie que su interés superior sea el independizarse o irse a vivir con su progenitor no custodio pues con él también tiene una relación compleja al no llevarse bien con su nueva pareja Yolanda.

Es por todo esto que debemos considerar que la audiencia de la menor deberá tenerse en cuenta en su justa medida y valorando todos los factores, presiones y posibles influencias externas, como puede ser la de Gloria, que influyan en su decisión; teniendo muy presente que el juez, por mucho que llegue a tener en cuenta la voluntad de Inmaculada, no tiene porqué llegar a resolver de forma favorable hacia los deseos de la misma.

---

<sup>11</sup> España. Tribunal supremo (sala primera, de lo civil). Sentencia nº 565/2009, de 31 de julio. Ponente: Juan Antonio Xiol Rios. (Id Cendoj: 28079110012009100603).

#### ***2.2.1.4 Posible encaje en indicadores de riesgo o desamparo***

El Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en su artículo 172<sup>12</sup>, define la situación de desamparo como aquella que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. En este supuesto de hecho no cabe la opción de situación de desamparo de Inmaculada pues cuenta con sus dos progenitores, es decir con asistencia moral y material. En el caso de Emilia, es partidaria de continuar con la guarda exclusiva de Inmaculada solicitando únicamente la ayuda de la Generalitat para encaminar la vida de su hija. En el caso de Manuel, ante la posibilidad de que Inmaculada vaya a vivir con él a Toledo se muestra reticente pues no se lleva bien con su nueva pareja Yolanda, pero eso no significa que no esté dispuesto a hacerse cargo de ella en caso de necesidad; además, ha aportado el 40 por ciento de su salario como prestación por alimentos para Inmaculada, cosa que demuestra la preocupación por el bienestar de la misma.

La situación de riesgo viene definida en el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar. En este supuesto de hecho, podemos apreciar diversos factores de riesgo que sufre Inmaculada por los que Emilia puede solicitar la intervención de la administración pública para hacerles frente y no llegar así a encontrarse Inmaculada ante una situación de exclusión social o desamparo.

---

<sup>12</sup> Así como el artículo 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Entre los diversos factores de riesgo encontramos<sup>13</sup>:

*Como variables sociales:*

1. Fracaso escolar y académico; pues ha dejado los estudios con la intención de ponerse a hacer unas prácticas en la temprana edad de dieciséis años.
2. Ocio pasivo; pues se trata de una menor de edad que al comenzar a tener una relación amorosa con Gloria, bajo su influencia, ha cambiado su forma de vida; además de dejar los estudios, se ha adentrado en el consumo de drogas y ha cambiado sus valores tomando una posición animalista.
3. Abuso de drogas, consumismo y violencia; en relación al factor anterior, Inmaculada se caracteriza como una consumidora de drogas pudiendo llegar al punto de convertirse en drogodependiente, si es que no lo es ya. Además, la relación con su madre ha cambiado hasta el punto de llegar a agredirla.
4. No trabaja; al dejar los estudios no ha comenzado a trabajar en ningún establecimiento ni negocio por lo que su capacidad económica es casi inexistente.

*Como variables sociodemográficas:*

5. Edad; el hecho de que Inmaculada cuente con la edad de dieciséis años puede considerarse como un factor de riesgo al encontrarse en una etapa de cambios hormonales y físicos, así como la posibilidad de padecer confusión ante sus valores y su futuro.
6. Desestructuración familiar; pues sus padres están divorciados.

---

<sup>13</sup> MAMPASO DESBROW, Joanne; PÉREZ FERNÁNDEZ, Francisco; CORBÍ GRAN, Beatriz; GONZÁLEZ LOZANO, M<sup>a</sup> Pilar; BERNABÉ CÁRDABA, Beatriz. (2014) *Factores de riesgo y de protección en menores infractores. Análisis y prospectiva (página 17, tabla2)*. Vol. 5, nº1. [ISSN 2171-6609].

*Como variables psicológicas:*

Podemos encontrar factores de riesgo como son la impulsividad o la inmadurez de Inmaculada. Esto se debe a que ella realmente amenaza a Emilia con irse de casa ante una discusión por lo que se trata de un acto de impulsividad e inmadurez pues no tiene recursos para independizarse y llevar una vida a margen de su familia. También podemos observar dicha impulsividad en la situación de agresión de Inmaculada a Emilia, pues en medio de la discusión se puso agresiva hasta el punto de no controlar su rabia, situación que también puede derivar del consumo de drogas.

De la misma manera, en cuanto a la legislación autonómica, el apartado segundo del artículo 102 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, recoge los supuestos de riesgo de los que podemos resaltar, en este supuesto de hecho, los siguientes: El abandono escolar de Inmaculada; La incapacidad o la imposibilidad de Emilia como progenitora que tiene atribuida la guarda exclusiva de la menor de edad de controlar la conducta de Inmaculada que puede provocar un peligro evidente de perjudicar a terceras personas a causa de la agresividad que ha mostrado con la agresión hacia su madre y el consumo de drogas. Llegados a este límite y la incapacidad de Emilia para gestionar esta situación por sí misma, nos encontramos ante circunstancias que, en caso de persistir, pueden evolucionar y derivar en el desamparo de Inmaculada.

Es por todo ello, que entiendo que Inmaculada se encuentra en una situación de riesgo pues se muestran dificultades para controlar sus impulsos pues no actúa pensando en su interés a largo plazo. Así pues, las decisiones que deban adoptarse en estos casos en los que existe una situación de riesgo deberán llevarse a cabo bajo el principio de interés superior del menor, como bien establece el tribunal supremo en su sentencia de 21 de febrero de 2011 (fundamento de derecho tercero)<sup>14</sup>: *“Por tanto, la legislación que regula las decisiones que deben adoptarse en los casos de situaciones de riesgo para los niños, sobre todo cuando haya que tomar la medida de separación de la familia, requiere que estas se funden siempre en el interés del menor”*.

---

<sup>14</sup> España. Tribunal supremo (sala primera, de lo civil). Sentencia nº 84/2011, de 21 de febrero. Ponente: Encarnación Roca Trías. (Fundamento de derecho tercero) (Id Cendoj: 28079110012011100066).

### ***2.2.1.5 La posible intervención de la administración pública***

La protección del niño y del adolescente se configura como un sistema mixto por todos los ordenamientos jurídicos. Por un lado goza de la protección por parte de su familia y por otro con la protección por parte de los poderes públicos; simultáneamente con la familia, colaborando o controlando el riesgo; o bien subsidiariamente, desplazando a la familia mediante la institución del desamparo<sup>15</sup>.

La atención a la infancia y a la adolescencia, aparte de en el ámbito familiar, se desarrolla en otros ámbitos como son el educativo, el sanitario, el judicial, el del ocio, el de servicios sociales, etc; y en cada uno de estos ámbitos existen circuitos administrativos que permiten la entrada del niño en la red de atención correspondiente, con la finalidad de que pueda recibir la prestación de los servicios o utilizar los recursos que correspondan<sup>16</sup>.

Debemos tener muy en cuenta en primer lugar, la visión global del sistema de atención y protección a la infancia, en el caso de Catalunya, la Dirección General de Atención a la Infancia y a la Adolescencia de la Generalitat, entre otros; por lo que hablaremos, por tanto, de una “protección integral” a la infancia. Además es necesario referirnos a la infancia y a la adolescencia desde el punto de vista del compromiso social, para atenderlas y protegerlas más allá de los mandatos legislativos; al igual que es necesaria la corresponsabilidad y coordinación entre los diferentes agentes sociales y profesionales intervinientes<sup>17</sup>.

Por todo ello, Beatriz Llorca Rodríguez llega a la conclusión de que: *“podemos afirmar que la protección de la infancia en riesgo es una materia repleta de casuística y que no hay dos casos idénticos”*<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> LLORCA RODRÍGUEZ, Beatriz (curso académico 2017-2018). *La Atención administrativa a la infancia (Página 3)*; Módulo II infancia, protección de la persona y adopción; Máster en derecho de Familia e Infancia UB.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

El Preámbulo de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, desarrolla el artículo 17 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que reconoce el derecho de toda persona menor de edad a recibir la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar en el contexto familiar y social, y halla su fundamento competencial en el propio Estatuto, que atribuye a la Generalidad la competencia exclusiva en materia de protección de menores y de promoción de las familias y de la infancia<sup>19</sup>.

Además, prevé que la intervención en las situaciones de riesgo no finaliza con una declaración formal de riesgo, sino que únicamente puede hacerlo de forma convencional. La Ley parte de toda la actuación de los servicios sociales que se dirige a valorar y proponer las medidas que permitan disminuir o eliminar la situación de riesgo, mediante la colaboración de los progenitores. Se opta por poner el acento en el trabajo y la bondad de las medidas que hay que proponer, y se deja la ejecución forzosa derivada de un acto unilateral de la administración para las situaciones más graves que deben comportar el desamparo<sup>20</sup>.

Así pues, podemos observar que los poderes públicos intervienen en situaciones de riesgo como existe en este caso, en la situación de Inmaculada, con la finalidad de prevenir un desarrollo hacia la exclusión social o desamparo. Lo intentan solucionar mediante un apoyo técnico que evite la adopción de medidas de protección que impliquen la separación del menor de su entorno familiar, pues se trata de uno de los principios rectores de esta materia junto con el interés superior del menor. Así pues, podemos observar que el derecho de los menores de crecer y ser educados por su propia familia, así como el derecho de los padres a tener consigo al menor, queda limitado por el interés superior del mismo, como viene declarando el tribunal supremo en su sentencia de 13 de junio de 2011<sup>21</sup>: *“el derecho a ser educado en la propia familia no tiene reconocido el carácter absoluto, ya que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas”*.

---

<sup>19</sup> El Preámbulo de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> España. Tribunal supremo (sala primera, de lo civil). Sentencia nº 397/2011, de 13 de junio. Ponente: Encarnación Roca Trías. (fundamento de derecho cuarto) (Id Cendoj: 28079110012011100480).



En atención al supuesto de hecho en concreto, con la existencia de la situación de riesgo que hemos justificado en el apartado anterior que es existente, se implica la adopción de medidas por parte de la administración encaminadas a reducir los factores de riesgo y promover los factores de protección dentro de la propia familia. De modo que, la declaración de riesgo de un menor no sólo es compatible con su permanencia en el entorno familiar, sino que las entidades públicas deberán velar para que así sea. Es por ello, que es necesario alertar a los progenitores de Inmaculada sobre la situación existente pues durante el proceso de solución ante dicha situación de riesgo, será necesaria la colaboración de los mismos con la administración, como ya veremos en las cuestiones procesales.

### ***2.2.1.6 La posibilidad de reducir la pensión alimenticia.***

El hecho de prestar alimentos es una obligación a la que los progenitores están sometidos, caracterizándose por ser irrenunciable y exigible desde el momento en el que los necesitare para subsistir la persona que tiene el derecho a percibirlos. El artículo 142 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, define como alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Es por ello que, dentro de la obligación de prestar alimentos, se incluye la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y, en aquellos casos en los que los hijos alcancen la mayoría de edad sin haber terminado su formación por una causa que no le sea imputable, también se considerarán dichos gastos parte de la obligación de prestar alimentos.

Adoración Padial Albás, viene definiendo la pensión de alimentos como; *“es la que se establece a favor de los hijos por sentencia judicial derivada de un proceso de crisis matrimonial, que aunque normalmente se trata de alimentos debidos a los hijos menores, también puede incluir los alimentos a favor de los hijos mayores de edad todavía dependientes económicamente que pueden haber sido acordados por los progenitores de mutuo acuerdo en convenio regulador o fruto de un procedimiento contencioso ya que, la nulidad del matrimonio, el divorcio, o la separación judicial de los progenitores no pueden alterar las responsabilidades de éstos respecto de sus hijos”*<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> PADIAL ALBÁS, Adoración (curso académico 2017-2018). *La Obligación de alimentos* (página 11); Módulo infancia, protección de la persona y adopción; Máster en derecho de Familia e Infancia UB.

En este caso, nos encontramos con un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo en el que se ha establecido una pensión alimenticia en el convenio regulador, por la que Manuel debe cumplir dicha obligación frente a Emilia que es la progenitora custodia de Inmaculada, menor de edad. Es necesario tener en cuenta que dicha prestación no tiene porqué extinguirse cuando Inmaculada cumpla la mayoría de edad, sino que continuará la obligación de pago siempre y cuando se esté formando, pongan de su parte en los estudios y no tengan recursos económicos propios, situaciones que por el momento no se están dando. Del mismo modo, en el hipotético caso de que Inmaculada llegase a emanciparse, por norma general, dicha prestación por alimentos tampoco dejaría de percibirse por su parte. En estos casos de emancipación de menores, la audiencia provincial de Málaga se ha pronunciado denegando dicha prestación por alimentos en el caso de que la menor no tenga un desarrollo académico ni trabaje, ni esté en su proceso de búsqueda, es por ello, que podría llegar a denegarse dicha prestación por alimentos<sup>23</sup>.

Para proceder a la cuantificación de la pensión alimenticia, debemos incluir aquellos gastos que cubran conceptos constantes, previstos y regulares, de ponderación posible y efectiva. Dicha cuantía debe ser proporcional al caudal o medios del quien los da y a las necesidades de quien los recibe<sup>24</sup>, es por ello que, en principio, cabe la posibilidad de, una vez cuantificada dicha pensión, reducirla o aumentarla proporcionalmente a las necesidades del alimentado o fortuna del alimentista mediante una modificación del convenio regulador existente.

Para justificar una reducción de la pensión alimenticia es necesario que se presenten diferentes requisitos que deben estar probados mediante pruebas realmente practicadas o pretensiones. Dichos requisitos son: Un cambio objetivo de circunstancias; Que ese cambio sea sustancial, relevante es decir que tenga suficiente entidad; Que sea involuntario; Que sea

---

<sup>23</sup> REYES GALLUR, Juan José (marzo de 2014). *Emancipación y dependencias de los padres: alimentos y ninis*. Consultado el 6 de noviembre de 2018, en [<https://www.icamalaga-blog.com/2014/03/emancipacion-y-dependencia-de-los.html>].

<sup>24</sup> Art. 146 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

un cambio con ciertos tintes de permanencia; Que sea imprevisible, graduando la previsibilidad o no en términos de una ordinaria diligencia<sup>25</sup>.

En este supuesto de hecho, Manuel y Emilia acordaron en el convenio regulador, que Manuel aportaría una pensión alimenticia de un total de 1.150 euros al mes, tratándose del 40 por ciento de su salario mensual. Ahora Manuel considera dicho importe excesivo al tener que hacerse cargo de otra hija que ha tenido con su nueva pareja. En estos casos, el nacimiento de nuevos hijos por sí solo no debe conllevar una modificación de las medidas establecidas en el convenio regulador, pues es necesario saber realmente cómo incide ese nuevo gasto en la nueva unidad familiar, es decir, cómo contribuye a ello la nueva pareja o cónyuge. Manuel ha planteado su descontento sobre el importe que le proporciona a Inmaculada cada mes ahora, cuando su otra hija Ana nació hace cinco años por lo que se puede apreciar que no se trata de un cambio que incida en la vida de Manuel de forma que no pueda hacer frente al mantenimiento de su otra hija o al propio. Esto viene indicado por el tribunal supremo en su sentencia de 5 de octubre de 1993<sup>26</sup>, que dice no es posible que un progenitor al que se le ha encomendado el pago de la prestación por alimentos: *“disponiendo de medios para cubrir sus gastos de toda clase, sea relevado de su obligación de alimentar a un hijo menor de edad”*.

La doctrina del tribunal supremo deja claro que<sup>27</sup>:

1. El nacimiento de un hijo posterior es un cambio de circunstancias que podrá alegarse para modificar a la baja la pensión de alimentos de hijos anteriores.
2. Por el solo hecho del nacimiento del nuevo hijo no procede automáticamente reducir la pensión de alimentos a los hijos anteriores. Si es el padre es el único

---

<sup>25</sup> CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luís (junio de 2014). *El proceso judicial de modificación de medidas*. Revista de Derecho de Familia. Consultada el 10 de noviembre de 2018, en [En:<https://elderecho.com/el-proceso-judicial-de-modificacion-de-medidas>].

<sup>26</sup> España. Tribunal supremo (sala primera, de lo civil). Sentencia nº 198/1993, de 5 de octubre. Recurso de casación nº 536/1991. Ponente: Teófilo Ortega Torres.

<sup>27</sup> CASTILLO, Inmaculada (marzo de 2018). *Reducir la pensión de alimentos por el nacimiento de un nuevo hijo*. Consultado el 6 de noviembre de 2018, en [<https://www.mundojuridico.info/reducir-la-pension-alimentos-nacimiento-nuevo-hijo/>].

que tiene ingresos y por tanto quien sustenta al nuevo hijo, si podría pedir la reducción de la pensión de los anteriores puesto que los ingresos siguen siendo los mismos y hay más hijos a los que mantener.

Esta última aclaración no será de aplicación en el presenta caso pues, como he mencionado anteriormente, Ana nació en el 2013 y durante estos cinco últimos años Manuel no ha presentado ninguna dificultad para continuar con el pago de la prestación por alimentos determinada en el convenio regulador, por lo que no se aprecia un nuevo cambio notorio y sustancial de las circunstancias.

Así pues, para finalizar, el tribunal supremo en su sentencia del 1 de febrero del 2017<sup>28</sup>, declara que: *“El nacimiento de nuevos hijos de una relación posterior no supone causa suficiente para la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación. Es preciso conocer si la capacidad patrimonial del alimentante es insuficiente para hacer frente a las distintas obligaciones(...)”* .

Además, no conocemos que sobre esta cuestión se haya pronunciado el tribunal superior de justicia de Cataluña<sup>29</sup>. En sentido parcialmente similar se había pronunciado la audiencia provincial de Barcelona el 19 de febrero de 2014<sup>30</sup>, haciendo referencia a la sentencia del tribunal supremo de 30 de abril de 2013, de la siguiente manera: *“el nacimiento de un nuevo hijo no puede determinar la reducción de la cifra fijada para hijos habidos de anterior unión, cuya obligación alimenticia ya estaba fijada en anterior sentencia, siempre que el obligado alimenticio con sus ingresos pueda asumir sus obligaciones alimenticias respecto de todos los alimentantes.”* Como conclusión, no procederá en este caso la modificación sustancial de las medidas definitivas establecidas en el convenio regulador y, en concreto, no procederá la reducción de la pensión alimenticia soportada por Manuel.

---

<sup>28</sup> España. Tribunal supremo (sala primera, de lo civil). Sentencia nº 61/2017, de 1 de febrero. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. (fundamento de derecho segundo) (Id Cendoj: 28079110012017100056).

<sup>29</sup> IL·LUSTRE COL·LEGI DE L'ADVOCACIA DE BARCELONA- Acadèmia de Jurisprudència i legislació de Catalunya (2017). RJCcat. Ed. Aranzadi, Tomo 1, Barcelona.

<sup>30</sup> Barcelona. Audiencia provincial (sección 18). Sentencia nº 123/2014, de 19 de febrero. Recurso de apelación nº 1197/2012. Ponente: Francisco Javier Pereda Gámez. (fundamento de derecho tercero) (Id Cendoj: 08019370182014100065).

## 2.2.2 Cuestiones procesales

### 2.2.2.1 Competencia judicial y administrativa: alternativas de solución

Ante la posibilidad de solicitar la emancipación de Inmaculada, será competente para conocer sobre la solicitud, el juez de primera instancia del domicilio de Inmaculada, en este caso en Barcelona, pues se encuentra en la situación de que sus progenitores viven separados<sup>31</sup>.

Para determinar la competencia judicial en materia de guarda, es necesario hacer mención al artículo 769 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que establece que al versar un procedimiento sobre guarda y custodia de hijos menores, será competente el juzgado de primera instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores y, teniendo en cuenta que ahora residen los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor. Ahora bien, al tratarse de un supuesto de modificaciones sobre las medidas definitivas, el auto del tribunal supremo de 27 de junio de 2016<sup>32</sup>, acude a la literalidad del artículo 775 de dicha ley y atribuye la competencia al Juzgado que conoció del divorcio de la siguiente manera: *“el propósito del legislador se centra en atribuir la competencia para conocer de las demandas de modificación de medidas del juzgado que dictó la resolución inicial, a la vista del tenor literal del artículo 775 LEC”*.

El apartado segundo del artículo 769 que hemos mencionado con anterioridad, establece que en los supuestos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, como es el caso, el juzgado competente es el del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes. Es por ello que la competencia sobre los procedimientos de modificación de las medidas definitivas, tanto sobre la guarda como sobre la prestación por alimentos, recaerá sobre el tribunal que conoció el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo de Manuel y Emilia, que en este caso entendemos que son los tribunales de Toledo.

---

<sup>31</sup> Artículo 53 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

<sup>32</sup> España. Tribunal supremo (sala de lo civil). Auto nº 6541/32016, de 27 de junio. Recurso nº 815/2016. Ponente: Ángel Fernando Pantaleón Prieto (ID Cenj: 28079119912016200005).

En cuanto a la intervención de la administración pública ante la situación de riesgo existente en Inmaculada, recae la competencia exclusiva sobre las instituciones públicas de protección y tutela de menores en situación de riesgo en las comunidades autónomas<sup>33</sup>, es decir, en este caso, al residir Inmaculada en Barcelona, será la Generalitat de Cataluña competente. Más concretamente, la administración local más cercana a la residencia de la menor será la que deba intervenir adoptando medidas adecuadas para actuar contra dicha situación, de conformidad con la normativa de la Generalitat y la legislación en materia de servicios sociales<sup>34</sup>. Así pues, en este supuesto de hecho, nos encontramos con que la Generalitat cuenta con unos servicios sociales especializados encaminados a conseguir una mejor coordinación de recursos existentes y dotarlos de la eficacia adecuada. En este caso intervendrán los Equipos de Atención a la Infancia y Adolescencia (EAIA) que, actualmente, están compuestos por psicólogos, pedagogos y trabajadores y educadores sociales y tienen la finalidad de detección, prevención, tratamiento y seguimiento del menor en alto riesgo social y sus familias, mediante la intervención de equipos pluridisciplinarios, para realizar propuestas de intervención a la entidad pública competente en materia de protección de menores<sup>35</sup>.

Por último, en caso de que se lleve a cabo un procedimiento de mediación por voluntariedad de las dos partes, deberemos resaltar que la residencia habitual de Inmaculada se encuentra en Barcelona y que, primando el interés superior de la misma y teniendo intención de llegar a un acuerdo de forma pacífica, lo más conveniente para el caso es que se lleve a cabo en Barcelona y no en Toledo.

---

<sup>33</sup> Artículo 166.3.a) de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

<sup>34</sup> Artículo 99 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

<sup>35</sup> LLORCA RODRÍGUEZ, Beatriz (curso académico 2017-2018). *La Atención administrativa a la infancia (páginas 12 y 13)*; Módulo II infancia, protección de la persona y adopción; Máster en derecho de Familia e Infancia UB.

### ***2.2.2.2 Legitimación activa y pasiva***

En caso de que se solicitase la emancipación, la legitimación activa recaería en Inmaculada que podría solicitar la emancipación directamente al juez que podrá concederla o denegarla tras una audiencia de los padres y del informe del ministerio fiscal, como plasma el artículo 211-10 la Ley 25/2010 del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Esta clase de emancipación no se entiende concedida por los padres, sino impuesta por el juzgador. No cabe, por lo tanto, hablar de consentimiento de los padres ya que estos solo actúan en el procedimiento para declarar ante el juez en el trámite de audiencia.

Para la modificación de las medidas definitivas que aparecen en este supuesto, encaminadas a la modificación de la guarda exclusiva establecida a favor de Emilia, el artículo 775 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, legitima al ministerio fiscal para solicitar directamente al tribunal que acordó las medidas, la modificación del convenio regulador pues Inmaculada es menor de edad, pero recalca que la legitimación activa recae en todo caso sobre los progenitores que en este caso no están de acuerdo con la modificación de la guarda. Todo esto en el hipotético caso de que se entienda que existe un cambio sustancial de las circunstancias. Así pues, en el caso de la modificación sustancial de las medidas definitivas respecto a la prestación por alimentos, en base al mismo artículo, será Manuel quien tendrá la legitimación activa por tratarse del cónyuge interesado en dicha modificación.

Ante la situación de riesgo existente en Inmaculada, tienen el deber de comunicación, intervención y denuncia a los servicios sociales, lo antes posible, todos los ciudadanos que tengan conocimiento de la misma, teniendo la administración el deber de confidencialidad de la identificación de la persona que lleva a cabo la comunicación. Así como todos los profesionales especialmente los profesionales de la salud, de los servicios sociales y de la educación, que tienen el deber de intervenir de acuerdo con los protocolos específicos y en colaboración y coordinación con el órgano de la Generalitat competente en materia de protección de los niños y los adolescentes<sup>36</sup>. En este caso Emilia es la persona interesada en

---

<sup>36</sup> Artículo 100 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

determinar la situación de riesgo de su hija por lo que iniciará el procedimiento a instancia de parte.

Para finalizar, en caso de que se lleve a cabo un procedimiento de mediación, se determinará la legitimación activa en base al principio de voluntariedad recogido en el artículo 5 de la Ley 15/2009 de mediación en el ámbito del derecho privado. Además, es necesario hacer mención al artículo 4 de esta misma ley por el que se prevé que en estos procedimientos pueden intervenir aquellas personas que tengan capacidad para ello y muestren un interés legítimo para disponer del objeto de la mediación, por lo que estarán legitimados tanto Emilia como Manuel pero, además, también estará legitimada Inmaculada para intervenir, pues el apartado segundo de dicho artículo, establece que los menores de edad con suficiente conocimiento y los mayores de doce años, pueden intervenir en la mediación siempre que les afecte y, al tratarse de un conflicto derivado del ejercicio de la forma de ejercicio de la custodia, podrá instar dicho procedimiento. Únicamente será necesario tener en cuenta que la menor de edad tendrá que estar asistida por un defensor judicial pues existen intereses contrapuestos.

### ***2.2.2.3 Procedimientos***

Haciendo referencia a la posibilidad de emancipación de Inmaculada<sup>37</sup>, se ha dejado claro que ninguno de los ejercientes de la patria potestad están dispuestos a mostrar su consentimiento ante dicha situación. Es por ello, que la única vía que puede hacer posible la emancipación de Inmaculada es su concesión por el juez. En este caso, a falta de asistencia de los progenitores, se le nombrará un defensor judicial a la menor para poder instar el expediente mediante solicitud, que deberá estar acompañada de la causa exigida, teniendo en cuenta que será el ministerio fiscal quien asumirá su representación y defensa hasta el momento. Una vez que el secretario judicial admita a trámite dicha solicitud, se convocará ante el juez a la menor, a sus progenitores, al ministerio fiscal y a los demás interesados para ser oídos, practicando las pruebas posteriormente, que se estimen pertinentes. Por último, el juez resolverá, valorando el interés superior del menor y la justificación por la que quiere conseguir la emancipación, denegando o concediendo la solicitud referida. Hay que conocer

---

<sup>37</sup> Artículos del 53 al 55 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.



antes de decretar la emancipación que, con independencia de la existencia de los anteriores requisitos, el juzgador debe atender al resto de circunstancias personales, familiares, laborables y económico sociales de la menor dado que es perfectamente posible la denegación de la emancipación judicial por no ser lo mas beneficioso para la menor, que es lo mas importante, aun cumpliéndose los requisitos del artículo 320 del Código Civil.

El apartado cuarto del artículo 748 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, establece que, al versar exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores, se llevará a cabo un proceso especial de menores. En este supuesto de hecho, nos encontramos con la necesidad de llevar a cabo un procedimiento de modificación de las medidas definitivas tanto de la guarda de Inmaculada como de la prestación por alimentos, en caso de que Manuel llegase a solicitar su reducción. Debemos distinguir entre estos dos supuestos pues, la guarda únicamente desea ser modificada por Inmaculada, por lo que deberá intervenir el ministerio fiscal solicitándole al tribunal que aprobó las medidas acordadas por mutuo acuerdo entre los cónyuges. En cuanto al supuesto de la modificación de la prestación por alimentos, deberemos acudir al artículo 775 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que nos remite al artículo 770 de esta misma ley, pues la modificación es solicitada por Manuel en contra de la voluntad de Emilia.

Así pues, se iniciará el procedimiento de modificación de las medidas definitivas mediante una demanda que deberá ir acompañada de la certificación de la inscripción del matrimonio y de inscripción de nacimiento de Inmaculada en el registro civil. Además, Manuel deberá aportar los documentos que permitan evaluar su situación económica y de sus hijas, Inmaculada y Ana, así como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales, para el caso de que soliciten la reducción de la pensión por alimentos. Por último, es necesario tener en cuenta que el artículo 770 de esta ley establece que estas demandas especiales de menores se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, con las particularidades de la contestación escrita y con posibilidad de practicar la prueba que no haya podido tener lugar en el acto de la vista, con posterioridad a ésta.

Ante la situación de riesgo existente en Inmaculada, podrá iniciarse el procedimiento mediante instancia por parte por Emilia, o podrá intervenir la propia administración en virtud del apartado segundo del artículo 100 de la Ley 14/2010 de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, pues es necesario disminuir dicho riesgo. Una vez que los servicios sociales estén informados sobre la situación de riesgo, deberán valorar si realmente existe y promover las medidas y recursos de atención social y educativa para disminuir o eliminar dicha situación. Así pues, designarán a un profesional para que evalúe la situación y, si es necesario, elevarán su informe a los servicios sociales especializados de atención a los niños y adolescentes para que completen dicho estudio<sup>38</sup>. Dichos informes deberán contener<sup>39</sup>: Antecedentes y proceso del caso; Situación actual; Valoración; Propuesta de medida de protección y régimen de visitas. Durante este procedimiento será necesario respetar el derecho de la menor a ser oída pues el equipo técnico, en su intervención durante el estudio y evaluación ha de oír al menor así como deberán ser oídos los progenitores, en virtud del artículo 24 de la Constitución Española.

<sup>40</sup>Es necesario tener en cuenta, que la comunicación de una situación de riesgo no determina el inicio de un procedimiento formal que culmina con dicha situación, sino que serán los servicios sociales los que intervendrán, determinando la situación de riesgo y las medidas para disminuirla o eliminarla, con la colaboración de los progenitores o titular de la guarda, en este caso Emilia, pues de lo contrario, si se niegan a participar en la ejecución de las medidas acordadas y ello comporta un peligro para el desarrollo o bienestar personal del niño o el adolescente, o si en el transcurso de la intervención se da cualquier otra situación de desamparo, los servicios especializados de atención a los niños y a los adolescentes deben elaborar el informe propuesta y elevarlo al departamento competente para que incoe el

---

<sup>38</sup> Artículo 103 de la Ley 14/2010 de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

<sup>39</sup> LLORCA RODRÍGUEZ, Beatriz (curso académico 2017-2018). *La Atención administrativa a la infancia (página 17)*; Módulo II infancia, protección de la persona y adopción; Máster en derecho de Familia e Infancia UB.

<sup>40</sup> ALLUEVA AZNAR, Laura (octubre de 2011). *Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores: A propósito de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia*. Revista para el análisis del derecho. Barcelona. Consultada el 9 de noviembre de 2018, en [[http://www.indret.com/pdf/854\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/854_es.pdf)].

correspondiente procedimiento de desamparo<sup>41</sup>. A veces, la situación en que se encuentra el menor requiere de una intervención de urgencia por lo que se podrán adoptar medidas cautelares.

Por último, acudiendo a la vía extrajudicial, Emilia podrá acogerse al procedimiento de mediación regulado en el apartado a) del artículo 10 la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. Dicha ley, en su preámbulo, establece que la voluntad de evitar la judicialización de determinados conflictos, tiene la finalidad de hacer posible la obtención de soluciones responsables, autogestionadas y eficaces, que aseguren el cumplimiento posterior del acuerdo y preserven la relación futura entre las partes. Este procedimiento podrá iniciarse para la modificación de las medidas establecidas por una resolución judicial firme<sup>42</sup> y para ello, la persona mediadora realizará la reunión inicial pertinente entre las partes así como el acta inicial de dicha mediación. En este procedimiento serán las partes las que decidan sobre si debe modificarse la prestación por alimentos de la que se hace responsable Manuel y sobre si es adecuada y posible la emancipación de Emilia; al igual que serán las que realizarán concesiones mutuas para llegar a la solución final. Dicho procedimiento finalizará mediante el levantamiento del acta final en la que debe reflejarse que ha primado el interés superior del menor.

#### **2.2.2.4 Plazos**

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que la tramitación de los procedimientos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos tendrán carácter preferente y, salvo disposición expresa, se sustanciará por los trámites del juicio verbal con sus particularidades pero el letrado de la administración de justicia dará traslado de la demanda acompañada con los documentos relativos al fondo del asunto al ministerio fiscal, pues interviene el interés de la menor de edad, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Ibídem.

<sup>42</sup> Artículo 12.2.b de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado.

<sup>43</sup> Artículo 753 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Una vez contestada la demanda o realizada la reconvencción, para lo que se dispondrá de diez días, el Letrado de la administración de justicia, citará a las partes dentro de los cinco días siguientes, en base al artículo 440 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En dicha citación, se fijará el día y la hora en la que se celebrará la vista, que no podrá excederse del plazo de un mes, y se informará sobre la posibilidad de acudir a mediación para la resolución del conflicto mediante una vía extrajudicial. Dicha citación indicará también a las partes que, en el plazo de los cinco días siguientes a la recepción de la citación, deben indicar las personas que, por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el letrado de la administración de justicia a la vista para que declaren en calidad de parte, testigos o peritos.

Deberemos informar a Emilia de que a la vista deberán concurrir las partes por sí mismas, con apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por Manuel, siendo obligatoria la presencia de los abogados respectivos. Será en dicha vista en la que se practicarán las pruebas y aquellas que no puedan practicarse en el acto se practicarán dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días, pudiendo en este plazo el juez acordar de oficio la práctica de cualquier prueba que considere oportuna<sup>44</sup>.

En los juicios verbales, según el artículo 447 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, una vez practicada la prueba, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones. Es decir, será un acto potestativo del tribunal, que en el caso de concederse, se interesa se efectúen de forma breve e interesarán únicamente en caso de que se haya practicado prueba. A continuación, se dará por terminada la vista y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes.

Es necesario informar a Emilia que estos plazos difícilmente se cumplen y que un procedimiento que parece estar resuelto en un plazo de un mes suele alargarse en el tiempo.

---

<sup>44</sup> Artículo 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto al procedimiento de determinación de la situación de riesgo de Inmaculada, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, en su artículo 24, le atribuye el carácter de urgencia y preferencia a aquellos expedientes administrativos que den lugar a decisiones que afecten a menores. Es por ello, que los Servicios Sociales básicos de Barcelona, nombrando a un profesional para cada caso, deberán valorar la existencia de dicha situación y promover las medidas para disminuir o eliminar dicha situación. Posteriormente, los Equipos de atención a la Infancia y a la Adolescencia completarán el estudio a partir de dicho informe valorando y realizando un diagnóstico sobre los menores y sus familias en situación de riesgo y elaborando también el plan de mejora realizando la propuesta de intervención a la entidad pública competente, en el plazo de tres meses. Los Servicios Municipales le solicitarán un dictamen a la Generalitat de Catalunya pronunciándose sobre la verificación de dicha situación de riesgo que deberá emitir en el plazo máximo de diez días<sup>45</sup>. Dicha entidad municipal emitirá resolución, decreto o acuerdo de dicha situación de riesgo, habiéndose practicado la audiencia del menor, así como de los padres, que deberá ser notificada a los progenitores en todo caso.

Así como los procedimientos mencionados anteriormente tienen una aplicación de plazos de forma orientativa y con posibilidad de dilación, el procedimiento de mediación tiene unos plazos máximos que deben cumplirse en todo caso. El artículo 17 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, limita el procedimiento de mediación al plazo de sesenta días hábiles desde la reunión inicial de las partes, así como establece que debe determinarse el máximo de sesiones a las que se hará frente tanto si la mediación acaba con acuerdo como sino. Es necesario tener en cuenta, que excepcionalmente por la complejidad del conflicto o el número de personas implicadas, y mediante una petición motivada de la persona mediadora y de las partes, el órgano o la entidad competente podrá prorrogar la duración del procedimiento de mediación hasta un máximo de treinta días hábiles más.

---

<sup>45</sup> En caso de que no se reciba el dictamen solicitado a la Generalitat de Catalunya, la Entidad municipal podrá seguir con el procedimiento.

### **2.2.2.5 Papel del Ministerio Fiscal**

Se atribuye la intervención al ministerio fiscal con diferente intensidad en función del objeto del litigio, la misión promotora de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, en calidad de parte en los procesos relativos al estado civil, y la representación y defensa de incapaces y menores<sup>46</sup>.

Podemos observar que, para el caso de la emancipación de Inmaculada, es de aplicación el apartado primero del artículo 749 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, pues la intervención del ministerio fiscal será siempre preceptiva aunque no haya sido el promotor. En este caso, como hemos determinado en el procedimiento de la emancipación por concesión judicial, el ministerio fiscal asumirá la representación y defensa de Inmaculada y, además, el juez deberá darle audiencia más tarde antes de acordar o denegar la emancipación. En cuanto a los demás procedimientos, será de aplicación el apartado segundo del mismo artículo pues la intervención del ministerio fiscal será preceptiva siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor y su informe será necesario durante el procedimiento, como ocurre en el presente supuesto.

En caso de que no fuere citado el ministerio fiscal, el procedimiento puede ser declarado nulo, nulidad que igualmente ha apreciado de oficio en numerosas ocasiones la Audiencia provincial, con el perjuicio que ello supone para las partes. Realmente su posición no es de parte, sino que está en una situación de defensa del interés del menor. No es demandado puesto que el conocimiento de la demanda le viene impuesto por imperativo legal, por otro lado desconoce la propia realidad de los hechos alegados por las partes, por lo que le es imposible efectuar alegaciones en sentido positivo o negativo a los alegados por el actor o por el demandado<sup>47</sup>. Cabe la excepción, por la que lo anterior no dará pie a la nulidad de actuaciones, siempre y cuando el ministerio fiscal sea emplazado y notificado de las resoluciones, quedando su efectiva presencia condicionada a la discrecionalidad del propio

---

<sup>46</sup> GIMENO SENDRA, Vicente (2005). *Derecho Procesal Civil: II.Los procesos especiales (página 237)*. Madrid (1ª edición). Ed. COLEX. [ISBN 84-7879-935-4].

<sup>47</sup> REYES GALLUR, Juan José. *Disposiciones generales de los procesos de familia en al nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Consultado el 14 de noviembre de 2018, en [[https://porticolegal.eleconomista.es/pa\\_articulo.php?ref=173](https://porticolegal.eleconomista.es/pa_articulo.php?ref=173)].

ministerio público, en función de criterios de oportunidad, siendo subsanable en cualquier momento, incluso mediante la intervención en los recursos.<sup>48</sup>

Haciendo referencia a la intervención del ministerio fiscal en la Jurisdicción Voluntaria, el Consejo Fiscal, en el Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 17 de diciembre de 2013, estimó que la redacción del artículo 4 de dicha ley mejora el contenido del artículo 1815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 ya que, bajo el título “intervención del ministerio fiscal”, dispone que el ministerio fiscal intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare<sup>49</sup>. Esta ley, también regula la cuestión sobre la audiencia de los menores pues en su artículo 18 establece que en aquellos procedimientos en los que se afecte a los intereses de los menores, deberá practicarse en dicho acto o en los diez días posteriores dicha audiencia, de oficio o a instancia del ministerio fiscal, pudiendo estar presente éste si el juez lo acuerda.

Teniendo en cuenta, como ya se ha mencionado en el procedimiento de intervención de la administración por existencia de situación de riesgo en Inmaculada, que las comunidades autónomas tienen competencia exclusiva para regularlo, el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, en su artículo 174, establece que le incumbe al ministerio fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, para lo que podrá recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las administraciones públicas competentes que atenderán las solicitudes de información remitidas por el ministerio fiscal en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor. Así pues, la entidad pública le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor para que compruebe, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la entidad pública o el juez, según proceda, las medidas de protección que

<sup>48</sup> CANO FUENTES, Óscar (noviembre de 2016). *La Intervención Del Ministerio Fiscal En Los Procesos De Familia*. El blog de Óscar Cano. Consultado el 13 de noviembre, en [<https://www.oscar-cano.com/la-intervencion-del-ministerio-fiscal-en-los-procesos-de-familia/>].

<sup>49</sup> España. Fiscalía general del Estado. Circular 9/2015 *sobre La intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria* (página 10).

estime necesarias. Es necesario tener en cuenta que esto no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del ministerio fiscal las anomalías que observe.

Respecto a la posibilidad de acudir a mediación, no cabe ninguna previsión legal sobre la intervención del ministerio fiscal en la misma pues la labor del tercero se limita a aproximar a las partes. José Díaz Cappa, establece en su ponencia que es posible el acceso a una solución consensuada mediante un proceso mediador, siquiera sea con la supervisión de otras personas o instituciones (ministerio fiscal) que permitan salvaguardar sus derechos en este sentido.<sup>50</sup>

### 3. CONCLUSIONES

- I. Emilia, nuestra mandante y progenitora de Inmaculada, tiene atribuida la guarda exclusiva de la misma como quedó recogido en el convenio regulador establecido en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo con Manuel. Tras un gran cambio en el comportamiento de Inmaculada y creándose una tensa relación entre ellas, llega un punto en el que Emilia no se ve capaz de guiar a su hija y no ve la forma de hacerle retomar los estudios por lo que considera que necesita ayuda de la Generalitat para que se ocupe de ella.
- II. Este dictamen persigue cuatro objetivos; en primer lugar, Emilia quiere evitar que se lleve a cabo la emancipación de Inmaculada con su pareja Gloria; en segundo lugar, también quiere evitar un cambio en la guarda de la menor pues considera que lo mejor para ella es continuar bajo su guarda exclusiva, idea con la que está de acuerdo Manuel; en tercer lugar, Emilia quiere evitar la reducción de la prestación por alimentos que viene proporcionando Manuel al estar establecido así en el convenio regulador correspondiente; en cuarto lugar y por último, Emilia busca la intervención de la administración para determinar la situación de riesgo de Inmaculada y recibir ayuda así de la Generalitat para que Inmaculada retome sus estudios, entre otras cosas.

---

<sup>50</sup> DÍAZ CAPPÀ, José (Fiscal de la Fiscalía de Illes Balears). *Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación*. Consultado el 17 de noviembre de 2018, en [[http://weib.caib.es/IIIjornades\\_menors/documents/castellano/ponencia\\_cast\\_jdiazcappa.pdf](http://weib.caib.es/IIIjornades_menors/documents/castellano/ponencia_cast_jdiazcappa.pdf)].



- III. Teniendo en cuenta que ninguno de los progenitores muestra conformidad con que Inmaculada llegue a emanciparse, la única opción que tendrá la menor será solicitarla mediante concesión judicial para lo que el juez deberá realizar audiencia de los progenitores y de la misma, así como del ministerio fiscal. Así pues, Emilia tendrá la oportunidad de demostrar que el interés superior de Inmaculada se cumplirá bajo su guarda exclusiva y que no ha alcanzado la madurez necesaria para emanciparse a tan temprana edad y mucho menos con la finalidad de convivir con su pareja, pues le ha venido inculcando malos hábitos para su salud como es el consumo de hachís.
- IV. Además, si a esto le añadimos que se aprecia un consenso entre los progenitores sobre que el interés superior de Inmaculada reside en su convivencia con su madre, como viene haciendo desde los ocho años, la modificación de la medida definitiva de guarda de la menor tampoco sería una posibilidad pues Manuel mismo muestra la preferencia de que la menor continúe viviendo con su madre de forma exclusiva y se muestra reticente a que Inmaculada vaya a vivir con él ya que no tiene una buena relación con su nueva pareja Yolanda.
- V. Ha quedado demostrado que el nacimiento de Ana, hija de Manuel y Yolanda, por sí mismo no dará lugar a una reducción de la prestación por alimentos pues es necesario que se demuestre que Manuel no puede mantener de forma igual a las dos menores, por el principio de igualdad, o que no puede mantenerse a sí mismo. En este caso, podemos observar que Manuel lleva cinco años manteniendo a sus dos hijas por igual y que no le ha supuesto ningún esfuerzo mantenerse a sí mismo tampoco, por lo que no existirá un cambio sustancial de las circunstancias que venga a motivar dicha reducción de prestación de alimentos.
- VI. La principal preocupación de Emilia es el abandono escolar de Inmaculada así como su consumo de drogas por lo que ve conveniente la intervención de la administración pública para que determine su situación de riesgo que nosotros vemos evidente ante; el consumo de drogas, abandono escolar, agresión hacia Emilia, y ante la incapacidad o la imposibilidad de Emilia como progenitora que tiene atribuida la guarda exclusiva de la menor de edad de controlar la conducta de Inmaculada que puede provocar un peligro

evidente de perjudicar a terceras personas a causa de la agresividad que ha mostrado con la agresión hacia su madre. Así pues, se recurrirá a la administración pública para que reduzca los factores de riesgo que la llevan a tomar dichas decisiones y promueva los factores de protección dentro de la propia familia. Así pues, Emilia dará comienzo al procedimiento regulado por la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, a instancia de parte, para lo que los servicios sociales nombrarán a una persona especializada para que valore la existencia de dicha situación de riesgo y elabore un plan de actuación para la mejora de la situación de la menor.

VII.El papel a desempeñar por el ministerio fiscal en procedimientos de menores es primordial pues interviene siempre para garantizar que las actuaciones se llevan a cabo primando el interés superior del menor. Así pues, en todos los procedimientos mencionados en el desarrollo del dictamen la intervención del ministerio fiscal es preceptiva ya que median menores de edad. Se puede apreciar que al ministerio fiscal le incumbe un función extraprocesal de superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, para lo que podrá recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las administraciones públicas competentes. Además, le darán cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias de la menor para que compruebe, al menos semestralmente, la situación de la menor y promoverá ante la entidad pública o el juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias.

VIII.Por último, saliendo de la línea de los procedimientos judiciales y administrativos, durante el estudio de las cuestiones procesales para la emisión de este dictamen, he hecho referencia a la posibilidad existente de recurrir a un procedimiento de mediación familiar. Se trata de una vía por la que las partes deberán llegar a la resolución del conflicto existente como puede ser que los progenitores se pongan de acuerdo en aspectos como la reducción de la prestación de alimentos, por ejemplo.

## EMISIÓN DEL DICTAMEN

Atendiendo a la petición de Emilia de redacción del dictamen para ejercer su derecho de defensa y las vías a las que debe acudir para hacer posibles sus pretensiones, después de haber analizado todas las cuestiones sustanciales y procesales pertinentes, deberemos informarle sobre las maneras de actuación más acertadas a su supuesto de hecho.

En primer lugar, las acciones ejercitadas por Emilia van encaminadas a:

1. Evitar la emancipación de Inmaculada.
2. Evitar la modificación de las medidas definitivas del convenio regulador tanto para establecer un cambio en la guarda de Inmaculada, solicitado por ella misma, como para reducir la prestación por alimentos proporcionada y solicitada por Manuel.
3. Solicitar ayuda a la Generalitat ante la situación de riesgo existente en Inmaculada.

Mi primera recomendación, al tratarse de un procedimiento en el que interviene una menor de edad, es que se lleve a cabo la mediación familiar para que sin necesidad de acudir a la vía judicial y que mediante concesiones de cada parte, puedan llegar a la resolución de sus conflictos favoreciendo los intereses de la menor y, en segundo lugar, los intereses de los progenitores. Es necesario tener en cuenta que se podrá acudir a mediación durante todo el procedimiento, que durará un máximo de noventa días, por lo que aunque Emilia no decida acudir a mediación previamente al procedimiento y optar así por la vía judicial directamente, lo podrá decidir en cualquier momento del mismo.

Entrando en la vía judicial, deberemos informar a Emilia sobre la posibilidad de que Manuel solicite una modificación de las medidas definitivas establecidas en el convenio regulador para reducir la prestación por alimentos que viene cumpliendo desde la redacción del mismo, aplicando el procedimiento del artículo 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Cosa que es poco probable que se acepte pues queda demostrado, en principio, que Manuel puede mantenerse a sí mismo y que puede mantener de forma igual a sus dos hijas mediante los extractos relativos a sus cuentas bancarias así como el mantenimiento de dicha situación durante cinco años sin problema, por lo que el cambio sustancial de tener una nueva hija no puede llevar a una modificación de la cantidad.

En segundo lugar, deberemos informar a Emilia de que cabe la posibilidad de que Inmaculada solicite su emancipación al juez, cosa que no deberá preocuparla pues queda demostrado mediante el abandono escolar y el consumo de drogas demostrado en el informe toxicológico que no le beneficiará en nada emanciparse y el principio rector para dicha concesión es el de interés superior del menor, demostrado todo esto de igual manera mediante el informe psicológico de Inmaculada en el que se demuestra su inmadurez y las reacciones violentas que ha tenido hacia su madre. Del mismo modo, Inmaculada podrá solicitar un cambio de la guarda para poder vivir con su padre para lo que deberá intervenir el ministerio fiscal, supuesto también poco probable pues los dos progenitores están de acuerdo en que lo mejor para Inmaculada es que continúe con la guarda exclusiva bajo el poder de Emilia hasta el punto de que Manuel se muestra reticente al cambio. Además, Emilia ha demostrado un verdadero interés en el bienestar de su hija pues lo que más le preocupa es que retome sus estudios y cuide su salud.

Es por ello que lo más recomendable para Emilia es poner en conocimiento de los servicios sociales de Barcelona la situación de riesgo existente en Inmaculada para que, mediante la evaluación y redacción de un informe por profesionales, valoren si realmente necesita ayuda y, en caso de que sea así, promover las medidas y recursos de atención social y educativa para disminuir o eliminar dicha situación. Emilia no deberá temer que separen a Inmaculada de su guarda pues no se encuentra en una situación de desamparo pero será necesario avisarla de que, una vez que avise a los servicios sociales, si estos determinan la situación de riesgo de Inmaculada y proponen un plan de reducción y eliminación de dicha situación, necesitarán la colaboración de la misma pues de lo contrario, si se niega a participar en la ejecución de las medidas acordadas y ello comporta un peligro para el desarrollo o bienestar personal de Inmaculada, los servicios especializados de atención a los niños y a los adolescentes deberán elaborar el informe de propuesta y elevarlo al departamento competente para que incoe el correspondiente procedimiento de desamparo y allí entraría en juego la separación del núcleo familiar de Inmaculada, cosa poco probable pues Emilia busca la ayuda e intervención de los servicios por lo que se muestra dispuesta a colaborar con los mismos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALLUEVA AZNAR, Laura (octubre de 2011). *Situaciones de riesgo y desamparo en la protección de menores: A propósito de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia*. Revista para el análisis del derecho. Barcelona. Consultada el 9 de noviembre de 2018, en [[http://www.indret.com/pdf/854\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/854_es.pdf)].
- BECERRIL, Soledad (2014) *Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor : Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*. Madrid. Ed. MIC.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luís (junio de 2014). *El proceso judicial de modificación de medidas*. Revista de Derecho de Familia. Consultada el 10 de noviembre de 2018, en [En:<https://elderecho.com/el-proceso-judicial-de-modificacion-de-medidas>].
- CANO FUENTES, Óscar (noviembre de 2016). *La Intervención Del Ministerio Fiscal En Los Procesos De Familia*. El blog de Óscar Cano. Consultado el 13 de noviembre, en [<https://www.oscar-cano.com/la-intervencion-del-ministerio-fiscal-en-los-procesos-de-familia/>].
- CASTILLO, Inmaculada (marzo de 2018). *Reducir la pensión de alimentos por el nacimiento de un nuevo hijo*. Consultado el 6 de noviembre de 2018, en [<https://www.mundojuridico.info/reducir-la-pension-alimentos-nacimiento-nuevo-hijo/>].
- DÍAZ CAPPA, José (Fiscal de la Fiscalía de Illes Balears). *Mediación con menores: límites jurídicos para su aplicación*. Consultado el 17 de noviembre de 2018, en [[http://weib.caib.es/IIIjornades\\_menors/documents/castellano/ponencia\\_cast\\_jdiazcappa.pdf](http://weib.caib.es/IIIjornades_menors/documents/castellano/ponencia_cast_jdiazcappa.pdf)].
- GIMENO SENDRA, Vicente (2005). *Derecho Procesal Civil: II.Los procesos especiales*. Madrid (1ª edición). Ed. COLEX. [ISBN 84-7879-935-4].
- IL·LUSTRE COL·LEGI DE L'ADVOCACIA DE BARCELONA- Acadèmia de Jurisprudència i legislació de Catalunya (2017). RJCat. Ed. Aranzadi, Tomo 1, Barcelona.

- LLORCA RODRÍGUEZ, Beatriz (curso académico 2017-2018). *La Atención administrativa a la infancia*; Módulo II infancia, protección de la persona y adopción; Máster en derecho de Familia e Infancia UB.
- MAMPASO DESBROW, Joanne; PÉREZ FERNÁNDEZ, Francisco; CORBÍ GRAN, Beatriz; GONZÁLEZ LOZANO, M<sup>a</sup> Pilar; BERNABÉ CÁRDABA, Beatriz. (2014) *Factores de riesgo y de protección en menores infractores. Análisis y prospectiva*. Vol. 5, n°1. [ISSN 2171-6609].
- PADIAL ALBÁS, Adoración (curso académico 2017-2018). *La Obligación de alimentos*; Módulo infancia, protección de la persona y adopción; Máster en derecho de Familia e Infancia UB.
- PÉREZ SALAZAR-RESANO, Margarita, (2005): *Tratado de Derecho de Familia*. Por Pedro González Poveda y Pilar González Vicente (coord.). Madrid.
- REYES GALLUR, Juan José (marzo de 2014). *Emancipación y dependencias de los padres: alimentos y ninis*. Consultado el 6 de noviembre de 2018, en [<https://www.icamalaga-blog.com/2014/03/emancipacion-y-dependencia-de-los.html>].
- REYES GALLUR, Juan José. *Disposiciones generales de los procesos de familia en al nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Consultado el 14 de noviembre de 2018, en [[https://porticolegal.eleconomista.es/pa\\_articulo.php?ref=173](https://porticolegal.eleconomista.es/pa_articulo.php?ref=173)].
- RODRÍGUEZ SÁENZ, Elvira (marzo de 2018): *Custodia compartida*. Barcelona. Consultado el 10 de noviembre de 2018, en [<http://www.abogadamediadora.es>].
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis (2013). *Marco paterno-filial en las rupturas de pareja. Función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados*. Barcelona. Ed. Bosch [ISBN: 978-84-9790-387-5].